



# LA FUSION INTERNACIONAL DE SOCIEDADES

José A. CORRIENTE CÓRDOBA

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PROBLEMÁTICA JURIDICA. 1. Delimitación del concepto de fusión de sociedades. 2. La diversidad legislativa.—III. CONFLICTOS DE LEYES. 1. Conflictos relativos a la posibilidad de la fusión. 2. Conflictos relativos a las condiciones para realizar la fusión: A) La exigencia del contrato de fusión. B) Otras condiciones. 3. Conflictos relativos a los efectos de la fusión. 4. Sobre el tratamiento jurídico-conflictual de la fusión internacional de sociedades.—IV. LA FUSION DE SOCIEDADES EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.—V. LA FUSION INTERNA E INTERNACIONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL. 1. La fusión en el Derecho interno español. 2. La normativa conflictual española vigente.

## I. INTRODUCCIÓN

Dos fenómenos determinan en nuestro tiempo la creciente importancia de la fusión internacional de las sociedades: De una parte el aumento cada vez más considerable del poderío económico, con las consiguientes secuelas en otros órdenes de cosas, de ciertas empresas, que bajo la fórmula de las transnacionales, filiales, «holdings», «cartels», «trust», etc., se han ido convirtiendo progresivamente en poderosos actores de las relaciones internacionales, en esta «société internationale de consommation» de que ha hablado Cl. A. Colliard<sup>1</sup>. De otra parte, la regionalización de la actividad económica de los Estados integrados o vinculados de una u otra manera a organizaciones internacionales o supernacionales ha dado lugar a la creación de nuevos y grandes «espacios económicos» una de cuyas exigencias o conveniencias

1. *Institutions des relations internationales*, 6.ª edición, pág. 806.

derivadas es la creación de empresas adecuadas a tales dimensiones.

La fusión internacional de empresas es, en ambos casos, uno de los cauces que permiten instrumentar el logro de los objetivos propuestos.

Ahora bien, en este tema, como en tantos otros ha sucedido que el tratamiento jurídico que se ha propuesto y dispensado a la fusión internacional de sociedades lo ha sido desde la perspectiva y bajo la experiencia de la fusión de empresas tal como ésta se presenta en el Derecho interno de los Estados, concibiéndola acaso tan sólo como una fusión interna complicada por la presencia de elementos internacionales. Tal modo de entenderla, como se verá a través de lo que iremos exponiendo a lo largo de estas páginas, no es acertado ni útil puesto que desvirtúa totalmente el carácter específico de este instituto jurídico que sólo debe ser tratado con una metodología verdaderamente internacional, sean de fuente internacional o de fuente interna las normas que se apliquen.

A la complejidad de la fusión internacional de sociedades en sí misma, es decir, como fenómeno jurídico y económico, se une —y no queremos dejar de apuntarlo aquí— la variedad de los múltiples campos en que deja sentir su presencia. Tratándose de una cuestión del Derecho de Sociedades, a nadie se oculta la importancia que reviste para la economía nacional y, por ello, la tendencia creciente y persistente de los Estados, bajo uno u otro sistema económico, a vigilar y controlar, en la medida de lo posible, la creación y el desarrollo de las sociedades. La fusión internacional de sociedades guarda relación estrecha con cuestiones tales como el reconocimiento de personas privadas extranjeras, la nacionalidad y el estatuto de las personas jurídicas, el derecho de establecimiento, el Derecho de la concurrencia (puesto que la fusión puede ser una vía de creación de posiciones dominantes y alteración de la competencia), con el Derecho de Sociedades (por razón de los contratos de creación y fusión, la protección de accionistas y de acreedores, etc.), y, en definitiva, con el orden público económico (bajo cuyo imperio los Estados aspiran a que queden el establecimiento, desarrollo, actividades y extinción de las personas jurídicas mercantiles).

## II. PROBLEMÁTICA JURÍDICA

De entre los que suscitan la fusión internacional de sociedades, vamos a dedicar nuestra atención aquí a tres sectores de

problemas: 1) La delimitación del concepto de fusión de sociedades. 2) La diversidad legislativa que presenta el tratamiento de este instituto en el Derecho Comparado. 3) Los conflictos de leyes que conlleva y el problema del método técnico-jurídico más adecuado para su regulación normativa.

### 1. *Delimitación del concepto de fusión de sociedades*

En primer lugar, es necesaria una labor de deslinde conceptual, ya que con frecuencia en la materia que nos ocupa se produce una confusión entre figuras más o menos próximas. El equívoco procede, con frecuencia, de la posible confusión entre el plano económico (y su conceptualización y lenguaje correspondientes) y el plano jurídico.

En efecto, con frecuencia se llama en el lenguaje económico «fusión» a todo fenómeno de concentración de empresas, produzcase ésta o por simples acuerdos entre sociedades, o por constitución de «holdings» o por uniones financieras, o por consorcios, «sindicatos», «cartels», etc., o por constitución de grupos de sociedades, o por fusiones propiamente dichas. Estas distintas formas de «concentración» pretenden la unión de las fuerzas de producción, la eliminación de actividades u organizaciones que resultan exuberantes o antieconómicas, la reestructuración o regulación de la competencia, el reajuste y la racionalidad económicas. Pero no en todas esas formas de concentración se da la extinción, jurídico-formal al menos, de las distintas sociedades coaligadas, que —salvo en el caso de la fusión— siguen conservando su autonomía jurídica, aunque pierdan total o parcialmente su independencia económica.

Desde la perspectiva jurídica, la fusión de sociedades mercantiles constituye —escribía el Prof. Uría<sup>2</sup>— «un aspecto parcial del fenómeno económico más amplio de la concentración de capitales y de fuerzas económicas característico del capitalismo moderno... La fusión es un instrumento jurídico que realiza la concentración total de los elementos patrimoniales y personales de aquellas».

Válganos como definición de fusión de empresas la que da

2. *La fusión de las sociedades mercantiles en el Derecho Español. Rev. de D.º Mercantil*, I, 1946, pág. 201. Ver sobre concepto, naturaleza jurídica y utilización de la fusión como instrumento de concentración: VICENT CHULIA, *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971. Págs. 219 y ss.

Girón Tena: «Reunión de los patrimonios íntegros de varias sociedades en una de ellas con extinción, sin liquidación, de las restantes («fusión por absorción») o con extinción, sin liquidación, de todas, surgiendo una nueva que los recoge («fusión con creación de una sociedad»), pasando, normalmente, a ser socios de la sociedad sucesora los que lo fueron de las extinguidas»<sup>3</sup>. Lo sustancial y específico de la fusión es esa refundición de las personalidades morales pre-existentes en una nueva, con extinción de aquéllas, sin proceso liquidatorio; por eso dicen Garrigues y Uría que es el «acto de naturaleza corporativa o social por virtud del cual dos o más sociedades mercantiles, previa disolución de alguna o de todas ellas, confunden sus patrimonios y agrupan a sus respectivos socios»<sup>4</sup>.

Destaquemos, pues, estas notas características de la fusión:

a) La idea de acto social o corporativo. No se trata de un mero pacto o conveniencia entre sociedades, aunque se utilice como vehículo instrumental el contrato. Esto no es sólo más significativo y en todo alguno explica las características internas de la fusión. Lo contractual es meramente externo.

b) Lo esencial está en la disolución de todas o algunas de las sociedades que se funden, en la confusión de patrimonios sociales y en la agrupación de los diversos colectivos de socios en una nueva entidad social.

Como ha escrito Goldman, «la fusión no es solamente la forma jurídica más perfecta de concentración, puesto que una persona moral única sustituye a dos o más personas morales preexistentes, haciendo coincidir así la unidad jurídica y la unidad económica de la empresa; puede presentar ventajas en cuanto al funcionamiento y a la gestión de ésta, pues permite más que las tomas de participación (al menos en ciertas circunstancias) la unidad de mando, la transmisión de las directrices y el de las informaciones, la racionalización de la producción y el reparto de ésta entre las diversas unidades industriales»<sup>5</sup>.

Por no concurrir en ellas las características especiales de la

3. *Derecho de Sociedades*, I, Madrid, 1966, pág. 359.

4. *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Volumen II, Madrid, 1976, pág. 735.

5. *Rapport introductif concernant le projet de convention sur le fusion internationale de sociétés anonymes*. Bulletin des Communités Européennes. Supplément 13/73, pág. 32. Lo citaré en adelante como Rapport Goldman.

fusión, no existe tal en otras operaciones de concentración de empresas, algunas de ellas muy frecuentes, en el tráfico jurídico-privado internacional. Tales son, por ejemplo, las siguientes figuras jurídicas afines a las que Garrigues y Uría llaman «fusiones impropias»<sup>6</sup>.

a) El «cartel» los «sindicatos», los «holdings», las comunidades de intereses, etc., formas de concentración en las que no existe la extinción, al menos formal, de las sociedades coaligadas.

b) La adquisición por una sociedad de todas las acciones de otra, sometiéndola a su señorío. Se da, en efecto, el dominio económico y puede que la confusión de patrimonios, pero no propiamente la fusión tal como la venimos entendiendo.

c) La adquisición por una sociedad de todas las acciones de otra, seguida de la disolución de esta segunda. Lo que se opera realmente es una transmisión del patrimonio de la adquirida a la sociedad adquirente (con confusión patrimonial), pero no se produce la incorporación de los accionistas de la sociedad que se liquida a la sociedad adquirente, y por tanto, tampoco hay fusión.

d) La llamada «venta de empresa», que consiste en la cesión en bloque del patrimonio de una empresa a otra. Hay en este supuesto, confusión de patrimonios, pero no reagrupación de los socios de ambas personas morales. La sociedad vendedora puede conservar su personalidad jurídica y su ordenamiento jurídico y emprender otra actividad, o proceder a su disolución.

e) El pago de la venta de empresa que se hace en acciones de la sociedad adquirente tampoco es fusión en sentido propio, puesto que es la empresa vendedora y no sus socios quien se convierten en accionistas de la compradora, por lo que falta la reagrupación de socios. Si además a la venta le sigue la disolución de la empresa verdadera y el pago, como cuota de liquidación, lo reciben sus socios en acciones de la vendedora nos hallamos ante la llamada «venta-fusión» que es la figura más próxima a la fusión propia.

6. *Comentarios...*, op. cit., pág. 736 y sigs.

## 2. La diversidad legislativa

Por razón de brevedad, podemos decir que el panorama que nos ofrece el Derecho comparado en materia de tratamiento legal de la fusión internacional de sociedades es el de una gran variedad de soluciones<sup>7</sup>, que vienen determinadas por el juego de estas variables:

A) Algunas legislaciones contemplan las fusiones interna e internacional, mientras otras sólo regulan la fusión interna y carecen de normativa para la internacional.

B) Ciertas legislaciones sólo admiten ciertos tipos de fusiones internacionales, vgr. la absorción de una sociedad extranjera por otra nacional pero no el fenómeno contrario. Entre tanto, existen legislaciones que dificultan «diabólicamente» cualquier fusión entre sociedades nacionales y extranjeras, mediante un cúmulo de dificultades legales a superar.

C) El tratamiento legal de los requisitos formales materiales y patrimoniales para la fusión, las garantías de los accionistas, la protección de los acreedores, etc., varían mucho de unos a otros ordenamientos jurídicos.

## III. CONFLICTO DE LEYES

En materia de fusión internacional de sociedades los conflictos de leyes se plantean en tres frentes: en relación con la posibilidad, las condiciones de la fusión, y en relación con sus consecuencias. Cada uno de estos aspectos presenta diversos problemas a los que nos referimos a continuación<sup>8</sup>.

7. En concreto, para los países de la C.E.E. Vid. Rapport Goldman, pág. 32 y sigs. y bibliografía allí citada. También F. LEMEUNIER, *Droit des Sociétés dans le Marché Commun*, París, 1972. FROMMEL, «Introduction a une étude de Droit Comparé des sociétés en Europe», en *Revue des Sociétés. Journal des Sociétés*, 1976.

8. Sigo en esta exposición a LOUSSOUARN-BRENDIN, *Droit du Commerce internationale*. París 1969, págs. 336 y sigs. y a BEITZKE, «Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé)», en *Rev. Critique D. I. Privé*, 1967, pág. 1.

### 1. *Conflictos relativos a la posibilidad de la fusión*

Tratándose de establecer la posibilidad o imposibilidad legal de la fusión parece que la respuesta que se presenta más espontánea y naturalmente es que debe aplicarse la «lex societatis» para regular este sector de problemas. Pero en el caso de fusiones internacionales evidentemente nos hallamos siempre ante, al menos, dos leyes personales de las sociedades, lo cual nos obliga a decidir si procede la aplicación cumulativa de esas leyes en presencia, y en su caso en qué materias debe hacerse una u otra aplicación.

El criterio más extendido es que la fusión internacional debe ser posible si lo es de acuerdo con las leyes de cada una y de todas las sociedades que se funden y de acuerdo con el ordenamiento jurídico que va a ser la «lex societatis» de la sociedad resultante de la fusión. Es decir, aplicación acumulativa.

Pero esta solución irenista por contemporizadora, que hace posible la fusión cuando es «del gusto» de todas las legislaciones conectadas, tiene el inconveniente serio de que, en la práctica, bloquea o restringe grandemente las posibilidades de la fusión, puesto que, en algunos ordenamientos existe un cierto «malthusianismo» legal contra ellas.

Pensemos, por ejemplo, que los arts. 339 y siguientes de la ley alemana de 6 de septiembre de 1965 exigen un riguroso control de la sociedad absorbente y de las absorbidas de modo que hacen casi imposible la fusión de sociedades alemanas con otras extranjeras, cualquiera que sea la posición de la sociedad alemana en la fusión. Otros ordenamientos obstaculizan la absorción de una sociedad nacional por otra extranjera, cual es el caso del belga, que considera la fusión como una modificación esencial de las bases de la sociedad y exige la unanimidad de los socios para la decisión de fusión; un resultado semejante se busca en el Derecho francés a través de las condiciones a que se somete el cambio de nacionalidad de las sociedades. El Derecho holandés (Reglamento de 19 de junio de 1970) no conoce la fusión propiamente dicha (transmisión universal de bienes de una sociedad o más, a otra nueva, sin liquidación de la totalidad o cuasi-totalidad de las acciones de una sociedad por otra). La legislación italiana es menos severa, pero reconoce a los socios disconformes con la fusión la posibilidad de retirarse (arts. 2247 a 2254 del Código Civil), lo que puede suponer un muy serio peligro para la fusión.

Dado el interés de los Estados en el control de las sociedades de que ya hemos hablado, se comprenderá fácilmente el carácter de requisitos necesarios de los exigidos para la fusión por unas

normas legales que se inspiran más en la necesidad de su aplicación que en la disponibilidad de su cumplimiento.

## 2. *Conflictos relativos a las condiciones para realizar la fusión*

### A) *La exigencia de contrato de fusión*

Al respecto existen diferencias muy sustanciales entre unas y otras legislaciones; desde las que requieren que la fusión se opere mediante un contrato previo, tras la aprobación de la junta general de la sociedad (vgr. Derecho alemán) hasta las que admiten que el contrato de fusión sea posterior (vgr. Derechos belga, luxemburgués, italiano).

Para resolver los conflictos que se generan por esta diversidad legislativa podía acudirse al principio «locus regit actum» y aplicar a la exigencia de contrato de fusión la ley del lugar de «celebración». A esta solución se opone el argumento de que el contrato previo es más que una mera cuestión o condición de forma, ya que su justificación se deriva de la idea de protección de los socios y de los acreedores sociales.

La solución más adecuada es —para Loussouarn<sup>9</sup>— la aplicación de las varias «lex societatis» concurrentes del modo que sigue:

a) Una aplicación comulativa de estas leyes, si es que alguna de ellas lo exigiese, pero con la adaptación que fuera necesaria para no imponer, por ejemplo, que la decisión de fusión tenga que ser acordada por la junta general de accionistas en aquel o aquellos ordenamientos que lo exigiesen. Es decir, la fusión se haría posible, desde este punto de vista, cuando cumplierse todos los requisitos que sean imprescindibles para el contrato de fusión en los distintos ordenamientos conectados, pero no es necesario que se cumplan más que los requisitos de cada ordenamiento dentro de su ámbito y no también en el ámbito de las demás legislaciones concurrentes. Lo contrario sería invadir innecesariamente y en perjuicio de la fluidez de tráfico, el ámbito de cada ordenamiento.

b) A la vez, es posible una aplicación distributiva de leyes, cuando se trata, por ejemplo de determinar el «quorum» o la

9. Op. cit., 337.



mayoría que deben darse para la aprobación del contrato de fusión por la junta de accionistas.

### B) *Otras condiciones de la fusión*

Los conflictos que se presentan pueden, en general, resolverse mediante aplicaciones distributivas; así, por ejemplo, parece que debe aplicarse la «lex societatis» de la nueva sociedad o sociedad absorbente a los aspectos relativos a la integración o conformación de la fusión, tales como el aumento de capital, y que deben aplicarse las «lex societatis» de las sociedades fundidas o absorbidas en todo lo referente a la regulación de las respectivas extinciones y disoluciones.

### 3. *Conflictos relativos a los efectos de fusión*

En esta materia debe hacerse «in genere», unas veces, la aplicación distributiva y otras veces, la aplicación cumulativa de las leyes en presencia. La elección de uno u otro criterio debe regirse por el buen sentido y la adecuación de la solución a cada una de las consecuencias de la fusión, de modo que se logre un tráfico jurídico, que a la vez que sea fluido garantice los derechos de las personas en él implicadas.

Mediante una aplicación distributiva, cada aplicar: *a)* la ley de la nueva sociedad, a aspectos tales como la incidencia de la fusión en el número y composición de los órganos de administración de la sociedad, a la determinación de la negociabilidad de las acciones emitidas por la nueva persona social, etc., y *b)* las leyes de cada una de las sociedades fusionadas, a vgr. la protección de los acreedores de cada una de ellas.

En alguna consecuencia parece ser más adecuada una aplicación cumulativa de leyes. Tal es el caso de la transmisión universal de los bienes de las sociedades fusionadas a la nueva sociedad, sin liquidación de aquellas. Este efecto —que es crucial en el concepto de fusión— está directamente admitido en algunas legislaciones pero es desconocido o rechazado en otras, que, no obstante, emplean técnicas variadas para asegurar el reembolso por la sociedad absorbente de las deudas de las sociedades fusionadas. La transmisión universal no será posible más que si concuerdan en ella las leyes de las sociedades fusionadas, de la nueva o absorbente y la del Estado o Estados de situación de ciertos bienes («lex rei sitae», puesto que es necesario que éstas consideren la transmisión universal por fusión como un procedimiento válido de transferencia de la propiedad).

#### 4. *Sobre el tratamiento jurídico-conflictual de la fusión internacional de sociedades*

Llegados a este punto, parece conveniente dejar anotada alguna reflexión sobre el método de tratamiento normativo del tema que nos ocupa:

En primer lugar resulta evidente la complejidad de la temática conflictual que plantea la fusión internacional de sociedades. Ello nos permite advertir que es un buen banco de pruebas para los métodos de solución de los conflictos de leyes.

Dentro de la técnica conflictual las soluciones han sido buscadas:

a) mediante aplicación distributiva y cumulativa de las leyes en presencia del modo que hemos considerado anteriormente.

b) mediante la técnica de la adaptación cuando se producen dislocaciones de tratamiento por razón de la diversidad legislativa<sup>10</sup>.

Valoradas las aportaciones del método conflictual, hemos de tener presente que una solución en profundidad y completa de las cuestiones jurídicas planteadas por la fusión no es posible, sin embargo, sólo por ese camino. La práctica demuestra que no siempre es posible regular estas fusiones mediante la designación de leyes internas que regulen las condiciones, requisitos, mecanismos y efectos de la fusión. Es preciso combinar ese método con un cierto número de normas materiales uniformes, nacidas de fuente internacional; el intento europeo, de que después hablaremos, es una prueba de ello.

Pero no debe tampoco olvidarse que tal método tiene un riesgo: el de la creación de una cierta tipología internacional de la fusión de sociedades, alejada de las tipologías internas, que, por esto mismo opere como un mecanismo de potenciación de la resistencia de los Estados a incorporar a sus ordenamientos tales normas materiales uniformes.

#### IV. LA FUSIÓN DE SOCIEDADES EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

El cuadro general del tema que nos ocupa viene establecido para el Derecho de la C.E. en el tratado de Roma, art. 220:

10. Vid, especialmente BEITZKE, op. cit.

«Los Estados miembros realizarán entre sí, cuando sea necesario, negociaciones a fin de garantizar en favor de sus ciudadanos:

— El reconocimiento recíproco de las sociedades de acuerdo con lo previsto en el art. 58.2; el mantenimiento (o continuidad) de la personalidad jurídica en caso de traslado de un país a otro; y la posibilidad de fusión de sociedades sometidas o legislaciones nacionales distintas»<sup>11</sup>.

Esta norma básica, resulta completada con la referencia del art. 54.3 g), a la coordinación de las garantías que se exijan en los Estados miembros de la Comunidad a las sociedades en orden a la protección de los intereses de los socios y de los de terceras personas; y en la regulación de la libre concurrencia, hecha en los arts. 85 y 85 del Tratado, en especial por lo que se refiere a los acuerdos entre empresas y decisiones de asociación entre ellas, que pudieran perjudicar el comercio entre los Estados miembros y tengan por objeto o como efecto obstaculizar, limitar o falsear el normal juego de la competencia en el interior del Mercado Común.

Apenas terminado el Proyecto de convenio sobre el Reconocimiento Mutuo de las Sociedades y Personas Morales, un grupo de trabajo constituido por delegados de Estados miembros y por expertos de la comisión, comenzó el 31 de marzo de 1965 los trabajos de elaboración de un proyecto de Convenio sobre fusión internacional de sociedades. Bajo la presidencia del profesor Berthold Goldman participaron en la tarea representantes de la Dirección General del Mercado Interior, dependiente de la Comisión de las Comunidades, y formuló observaciones el Secretario de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya. En su Memorandum de 1 de diciembre de ese año 1965, la Comisión señala que salvo en el caso de algunas escasas excepciones, desde el punto de vista económico, el tamaño de las empresas de los Estados miembros no correspondía ni a las exigencias del vasto mercado a que da lugar la unificación progresiva de los mercados nacionales ni a las de la competitividad de estas empresas en la concurrencia de terceros Estados. El Mercado Común —dice la Comisión— «exige empresas de talla, a fin de que las ventajas de la producción en masa y de la investigación científica y tecnológica aprovechen, sin restricción, a 180 millones de

11. Sobre este precepto: QUADRI-MONACO-TRABUCCHI, *Commentario C.E.E.*, vol. III, pág. 1.601 y sigs; y PRINSKY, «La Comisión Europea frente a las fusiones de empresas» en *Comunidad Europea*, Nov. 1973.

consumidores... Numerosas empresas europeas deberán por tanto, adoptarse, mediante su crecimiento interno o mediante la fusión con otras empresas...»<sup>12</sup>.

El 16 de mayo de 1970, la Comisión presenta al Consejo comunitario, una propuesta de 3.<sup>a</sup> directriz, de 23 artículos, sobre las garantías exigidas en los Estados miembros en el sentido del art. 58.2 del Tratado, para proteger los intereses tanto de los socios como de los terceros, en caso de fusión de Sociedades Anónimas<sup>13</sup>. En el Memorándum al Consejo sobre la Política Industrial de la Comunidad, la Comisión subraya:

«La creación de un mercado único por todos los productos, la libre circulación de las personas y de los medios de producción en el interior del espacio comunitario no tiene como consecuencia solamente la ampliación de ventas de las empresas europeas e intensificar la consecuncia en el mercado de los Seis. La unión económica así creada modifica profundamente los datos de la estrategia de las empresas comunitarias y les obliga a revisar sus estructuras, sus métodos, y con frecuencia, sus dimensiones, para adaptarse a las nuevas condiciones del Mercado Común»<sup>14</sup>.

En el otoño de 1972, tras siete años de trabajos, Goldman y su grupo de trabajo, presenta el «Proyecto de Convención sobre la fusión internacional de sociedades anónimas», con un «Informe Introductorio»<sup>15</sup>. Dos ideas condensan la motivación del proyecto comunitario sobre fusiones:

A) Las necesidades y planteamientos económicos del Mercado Común exigen la modificación de las estructuras y dimensiones actuales de la mayoría de las empresas de los Estados miembros de la C.E.E., y la fusión internacional de empresas es un buen instrumento para lograr las dimensiones mejores u óptimas, pero —lo señala expresamente Goldman— la fusión no es la panacea ni puede emplearse ilimitadamente y sin reservas, porque su utilización indiscriminada y masiva iría incluso contra objetivos comunitarios: haría perder su papel específico a las pequeñas y medianas empresas, favorecería la creación de «posiciones

12. Vid. su texto en *Estudios y Textos de Derecho de Sociedades de la C.E.E.*, bajo dirección de GIRÓN TENA, Fac. Derecho. Univ. Complutense, Madrid 1978, pág. 541 y sigs.

13. Commission, 9<sup>ème</sup> Rapport général, jun. 1966, n.º 70 en *Rev. Trimestrelle Droit Européen*, 1966, pág. 651.

14. La politique industrielle de la Communauté. Mémoire de la Commission au Conseil. Bruxelles 1970.

15. Vid. *Bulletin des Communautés Européennes, Supplément* 13/17.

dominantes», conllevaría al sacrificio de intereses de los asalariados, etc.

B) La fusión es la forma jurídica más perfecta y deseable para la concentración de empresas, puesto que —como indicábamos— hace coincidir las unidades económica y jurídica de las empresas fusionadas, sustituye por una a varias personalidades jurídicas y garantiza una más fluida y unificada gestión en comparación con los demás modelos de concentración empresarial.

¿Por qué la necesidad de un convenio europeo sobre fusión de empresas? Ya queda señalada la diversidad legislativa y los problemas que la misma conlleva. Pero es que, además, al formularse el proyecto que estudiamos no existía, entre los Estados de la Comunidad ningún convenio, ni siquiera bilateral, sobre la materia. Solamente se daban algunos elementos de templanza de esta carencia normativa; tal es el caso del art. 154 de la ley francesa de 24 de julio de 1966 sobre sociedades comerciales, o del artículo 4.2.º del Convenio de La Haya de 1956 sobre el Reconocimiento de Sociedades, Asociaciones y Fundaciones.

Ante semejante situación, como ha escrito Goldman «no siempre es posible regular la fusión internacional mediante la designación de una ley nacional competente, para determinar, según los casos, las condiciones, los mecanismos y los efectos. Las soluciones a aplicar eran difícilmente divisibles, de suerte que no podían ser simplemente obtenidos para cada sociedad, en la ley de la cual depende... En consecuencia, hacía falta combinar este método de solución de conflictos con un cierto número de normas materiales uniformes aplicables a la fusión internacional. Pero incluso la uniformización, hasta la parcial, resulta difícil por las diferencias entre las legislaciones nacionales relativas a la fusión interna, pues los Estados miembros podrán dudar sobre la admisión para las fusiones internacionales, de soluciones más amplias que las que cada uno de ellos conocía para la fusión interna»<sup>16</sup>.

Con fecha 9 de octubre de 1978, el Consejo de Ministros de la Comunidad acordó aprobar la «Tercera Directiva del Consejo, fundada en el art. 54, parágrafo 3, g) del Tratado relativa a la fusión de sociedades anónimas», que fue publicada en el *Journal Officiel des Communautés Européennes* el 20 octubre de 1978.

16. Rapport Goldman, pág. 35.

## V. LA FUSIÓN INTERNA E INTERNACIONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

Consideremos primeramente de qué forma está concebida la fusión de sociedades en nuestro Derecho interno (con especial alusión a los problemas técnicos que interesante a la hora de aplicar esta legislación a las fusiones que sean internacionales) y seguidamente estudiaremos el Derecho español en la materia que nos ocupa.

### 1. *La fusión en el Derecho material interno español*

De la forma en que tratan el tema los artículos 142 a 149 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y los artículos 132 a 137 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, resultan los siguientes rasgos característicos de la fusión en nuestro ordenamiento jurídico<sup>17</sup>:

1.<sup>a</sup>) Las normas españolas en materia de fusiones —las de la L.S.A.— no regulan todos los supuestos posibles de fusiones de sociedades mercantiles, sino sólo aquellos que tienen por resultado la integración de las sociedades fusionadas en una sociedad anónima (art. 142).

Pero interpreta la doctrina mercantilista<sup>18</sup> que alguno de los preceptos de la L.S.A. son aplicables a todas las fusiones en las que intervengan una sociedad anónima, aunque el resultado final de la operación de fusión no sea una sociedad anónima, y

17. Vid. entre otros: GARRIGUES-URIA, *Op. cit.*, pág. 734 y sigs.; GIRÓN TENA, *op. cit.*, pág. 359 y sigs.; RUBIO, *Curso de Derecho Mercantil*, pág. 465 y sigs.; VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 4.<sup>a</sup> ed. Zaragoza, 1960, pág. 221 y sigs.; BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1977, pág. 288 y sigs.; VICENT CHULIA, «La fusión propia y las fusiones impropias en Derecho español», Homenaje a J. Garrigues, pág. 483, y *op. cit.*, pág. 219 y sigs.; VELASCO ALONSO, *Ley de Sociedades Anónimas. Anotaciones y Concordancias*, Madrid 1975, pág. 600 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Valladolid, 1973, pág. 256 y sigs.; GARRIGUES WALKER, «Ordenamiento jurídico español en materia de fusiones y concentraciones de empresas» en la obra *Fusión y concentración de empresas*, publicada por la Asociación para el Progreso de la Dirección, Madrid 1966, pág. 99 y sigs.; BERCOVITZ Y OTROS, *Asociaciones y uniones de empresas y prácticas restrictivas de la competencia*, Madrid 1969.

18. GARRIGUES-URIA, *op. cit.*, pág. 741.

que, en todo caso, tales preceptos deben aplicarse por analogía dado su «alto valor ejemplar».

2.º) Por lo que se refiere a las *sociedades que pueden fusionarse*, el art. 142 de la L.S.A. habla de la «fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima».

Ello supone:

a) Que la fusión no exige identidad de forma de las sociedades fusionadas. Cabe la fusión de sociedades de distinto tipo, incluidas entre ellas las sociedades de capital y las de personas. Hay, pues, en nuestro Derecho, un extenso principio de libertad, no admitido, vgr. en el Derecho alemán, pero sí en el italiano y el francés.

b) Tampoco exige nuestra ley la identidad de objeto de las sociedades que se fusionan; de modo que pueden hacerlo sociedades dedicadas a actividades económicas e industriales distintas, dando lugar a empresas «conglomeradas o plurisectoriales». Esta libertad tiene alguna excepción, como es el caso de las empresas de seguros.

c) Es dudoso si nuestra normativa permite o no la fusión de sociedades de distinta naturaleza (civiles y mercantiles); no previsto ni prohibido expresamente por la ley, la doctrina (Garrigues, Girón) la considera realizable.

3.º) En cuanto a *procedimientos para la fusión*, el art. 142 de la L.S.A. (siguiendo al 139 del derogado Reglamento del Registro Mercantil) prevé dos modalidades posibles:

a) la «fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima nueva», es decir, la fusión por creación de una sociedad nueva, y

b) la «fusión resultante de la absorción de una o más sociedades por otra sociedad anónima ya existente», es decir, la fusión por absorción.

Esta duplicidad de modalidades no afecta a la esencia del fenómeno jurídico. En ambos supuestos se produce una unificación de patrimonios, de socios y de relaciones jurídicas. La diferencia de procedimiento afecta sólo a los aspectos externos y formales.

Pero nuestro Derecho sí es exigente en cuanto a la necesidad de acomodarse a uno de estos procedimientos en la fusión, y por ello la Resolución de la Dirección General de los Registros



y del Notariado, de 6 de diciembre de 1954<sup>19</sup> señaló que cualquier otro vínculo, relación o procedimiento de concentración de empresas que no se ajuste a estas fórmulas no puede ser considerado como fusión de sociedades en nuestro Derecho.

4.<sup>a</sup>) Los *presupuestos de la fusión* se configuran de la siguiente manera:

a) Es necesario la disolución de alguna o de todas las sociedades participantes de la fusión (art. 142, 146, 148, 150 L.S.A.). Las sociedades que se van a fundir tienen que acordar su disolución, como previa al traspaso en bloque de sus respectivos patrimonios a la sociedad nueva o absorbente. Tal disolución es voluntaria, no «ex lege».

b) Se produce la transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades disueltas a la sociedad resultante de la fusión. La confusión de patrimonios es absoluta y total. Se trata de una transmisión de patrimonio a título universal («in universum ius»), del activo y del pasivo, que además se efectúa «in uno actu», pasando todos los derechos, bienes y obligaciones en bloque y a la vez, sin necesidad de descomponer la transmisión patrimonial en los singulares negocios jurídicos de transmisión de los elementos integrantes del patrimonio. No hay, pues, liquidación de las sociedades que se fusionan.

Paralelamente a esta unificación patrimonial, se opera la unificación de los grupos humanos, es decir, de los socios. Ello implica —de acuerdo con el art. 142 de la L.S.A.— que los socios de las sociedades extinguidas deben recibir directamente de la nueva sociedad la contraprestación correlativa al patrimonio que ésta recibe y que esa contraprestación ha de consistir en acciones, recibidas por cada uno de los socios en proporción a su respectiva participación en las sociedades absorbidas.

5.<sup>a</sup>) En materia de *requisitos de la fusión*, el art. 143 L.S.A. establece que «el acuerdo de fusión», cuando se trate de sociedades anónimas deberá ser adoptado en junta general de accionistas por cada una de las sociedades interesadas, ajustándose a las bases que éstas hubieran fijado y con los requisitos y formalidades previstas en el artículo 58 de esta Ley, y se anunciará en la forma establecida para la transformación del tipo de sociedad en el art. 134».

19. *Anuario DGRN*. 1954, pág. 62. Dice que la «esencial característica» de la fusión, en cualquiera de sus dos modalidades, «estriba en la disolución de una o más de las sociedades fusionadas».



La L.S.A. reviste, pues, este acuerdo de ciertas exigencias para su adopción: Ha de ser adoptado por la Junta general de accionistas (art. 58 L.S.A. y 734, 1.º del Reglamento del Registro Mercantil); no es delegable en los administradores de la sociedad; ha de adoptarse con el «quorum» que exige el art. 58 de la Ley, y han de cumplirse los requisitos de publicidad establecidos en el art. 134.

6.º) En garantía del *derecho de separación*, el art. 144 L.S.A. ha establecido que «el acuerdo de fusión sólo obligará a los accionistas que hayan votado a su favor. Los disidentes y los no asistentes gozarán de la facultad de repararse de la sociedad en la misma forma establecida en el art. 135 para el caso de transformación».

7.º) El llamado *derecho de oposición de los acreedores* tiene el objetivo de tratar de conjugar el respeto de los derechos de los acreedores de las sociedades fusionadas y las exigencias prácticas de la operación de fusión. Se trata, en definitiva, de una aplicación del principio civil que exige el consentimiento del acreedor para la novación subjetiva de las obligaciones por cambio de deudor (art. 1.205 del Código Civil).

En la L.S.A. este derecho de oposición se regula en el art. 145, a cuyo tenor «la fusión no podrá ser realizada antes de que transcurran 3 meses, contados desde la fecha del último anuncio a que se refiere el artículo 134. Si durante este plazo algún acreedor social se opusiera por escrito a la fusión, ésta no podrá llevarse a cabo sin que se aseguren previamente o se satisfagan por entero los derechos del acreedor o acreedores disidentes. Estos no podrán oponerse al pago aunque se trate de créditos no vencidos.

Un análisis del sistema legal español, que sucintamente acabamos de exponer, nos permite caracterizarlo —en relación con datos del Derecho Comparado— de la manera siguiente:

1.º Se trata de un sistema legal calificable de bastante liberal, en el sentido de abierto a las posibilidades de fusión. No es el nuestro un ordenamiento reticente o restrictivo respecto del fenómeno de las fusiones. El dato es importante si le comparamos con lo que hemos considerado sobre otros ordenamientos legales europeos y si lo valoramos de cara a la integración de España en la Comunidad Económica Europea.

2.º El sistema de fusión en nuestra legislación mercantil puede ser calificado de «sistema de fusión pura», en cuanto ésta se da mediante la transmisión universal de patrimonio entre las so-

ciedades fusionadas y la resultante y en cuanto se garantiza la continuidad del grupo humano de los socios.

3.º El Derecho español recoge un cuadro suficiente de las garantías jurídicas que son necesarias para la seguridad del tráfico y el amparo de las personas cuyos intereses resultan afectados por la fusión (publicidad de la operación, derecho de oposición de los socios no conformes, derecho de reparación, etc.).

De cara a la acomodación de nuestra tipología legal interna de la fusión de sociedades a la comunitaria europea en preparación, debe decirse que tal adaptación no comportaría especiales y graves dificultades.

## 2. *La normativa conflictual española vigente*

Antes de la reforma del título preliminar del Código Civil en 1974, no existía en nuestro ordenamiento norma legal conflictual que contemplase la fusión internacional de sociedades. Las disposiciones contenidas en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (art. 142 a 149), en el Reglamento del Registro Mercantil de 1956 (art. 132 a 137) y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 (art. 17 y 30) son normas materiales pensadas para la fusión interna.

Ni en los anteproyectos de 1944 (Ponencias de Yanguas Mesía aprobada por la Comisión General de Codificación en su pleno de 25 de enero de 1944) y 1962 (de Trías de Bes) ni en el proyecto de ley para reforma del Título Preliminar del Código Civil, de tan larga tramitación, ni en la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 aparecía alusión alguna a la fusión internacional de sociedades.

Es en las enmiendas del vocal de la Comisión General de Codificación Prof. Alberto Bercovitz, fechadas en 20 de noviembre de 1973, donde aparece este texto como propuesta: «La fusión de dos personas jurídicas cuya ley nacional es distinta se determinará teniendo en cuenta ambas leyes personales». Siendo un texto que tiene el mérito de introducir en las tareas legislativas un tema hasta entonces no abordado, sin embargo, no supone un tratamiento muy feliz: se hablaba de la fusión tan sólo de «dos personas jurídicas»: ¿por qué sólo de dos?; ¿qué contenido —de entre los propios de la problemática de la fusión internacional, que ya hemos considerado es el que resulta «determinado» por las leyes aplicables?; ¿por qué se habla de «tener en cuenta» y no de «aplicación» de las leyes personales de las sociedades fusionadas, se hace esto deliberadamente o no?

Finalmente, el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo por el que se sanciona como fuerza de Ley el texto articulado del Título preliminar del Código civil establece en el art. 9.11 apartado segundo, este precepto:

«En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrá en cuenta las respectivas leyes personales.»

El precepto nos habla de la «fusión de sociedades» (y no ya de sólo «dos» y de «personas jurídicas») pero mantiene intacto el resto de la redacción propuesta por Bercovitz.

Una valoración crítica de este precepto legal<sup>20</sup> nos lleva a las siguientes observaciones:

1. El apartado segundo del art. 9.11 tiene el interés de inaugurar en nuestro Derecho a un tratamiento normativo de la fusión internacional de sociedades.

2. Al hablar de la fusión de *sociedades «de distinta nacionalidad»*, entiendo que esta norma abre expresa y suficientemente la posibilidad de que, en España, se operen tanto la fusión de sociedades españolas con extranjeras (bajo las modalidades previstas en nuestra legislación), como la fusión de sociedades extranjeras entre sí, sin participación de sociedades españolas en la operación (y también bajo las modalidades previstas en la ley española).

3. La cuestión de saber cuál es la ley personal de cada una de las sociedades participantes en la fusión, nos viene resuelta por el art. 9.11, en su primer apartado: «La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción».

20. No acabo de compartir el criterio de que respecto del art. 9.11. apartado segundo, proceda «destacar, junto a la corrección técnica de una solución que respeta las perspectivas institucionales que puedan existir en la operación, la flexibilidad de la fórmula utilizada. En efecto y pese a la similitud entre aplicar y tener en cuenta, esta última expresión permitirá posibles aplicaciones distributivas de las leyes en presencia, así como eventuales adaptaciones de un contenido material que puede ser fundamentalmente distinto». (PÉREZ VERA, E., *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, Madrid 1977, pág. 505). La corrección técnica y la flexibilidad de la norma no parece tan plausible, en una norma que no ha tenido suficientemente en cuenta la complejidad del fenómeno de la fusión internacional y de los conflictos de leyes a que da lugar, que aconsejan buscar la solución no sólo por la vía de las aplicaciones distributivas de las leyes en presencia.

En todos estos aspectos la ley española remite a la ley nacional de la persona jurídica, que será la ley «aplicada»<sup>21</sup>. Sólo cuando se trate de la fusión, tal ley personal será «tenida en cuenta».

4. No considero que carezca de problemas prácticos a la hora de su aplicación la expresión «tener en cuenta» que el precepto refiere a las leyes personales de las sociedades fusionadas. Probablemente la intención del legislador ha sido eludir las confrontaciones y dificultades a que hubiese dado lugar la «aplicación» (especialmente, claro está, la acumulativa) de varias leyes.

En todo caso, creo que la distinción entre «aplicar y tener en cuenta» no es tan anodina, ni alude a actividades similares<sup>22</sup>.

En realidad, si una de las sociedades que se funden es española, ¿la ley española sólo deberá ser tomada «en cuenta»? Al menos podemos pensar que será aplicada en cuanto ley personal de una de las sociedades fusionadas.

Pero es que además, la ley española —como veremos después— deberá ser aplicada necesariamente en algunos aspectos de la fusión o en las fusiones de empresas de ciertos sectores —y actúa en otras como «lex loci fusionis», aspectos éstos que no aparecen suficientemente advertidos por la norma que comentamos.

5. Aparte de lo anteriormente dicho, la norma del art. 9.11 es —como ha escrito De la Cámara— «excesivamente ambigua, pues no nos dice en qué medida la ley personal de cada sociedad debe ser «tenida en cuenta»<sup>23</sup>. Y añade: «parece evidente que la ley personal ha de regir al aspecto corporativo interno. Es decir, que habrá que consultar la ley nacional de las sociedades que se fusionan para saber: 1.º si es posible o no la fusión, en base a la naturaleza del tipo social de las sociedades fusio-

21. No considero felizmente lograda la concordancia entre este precepto y el art. 15 del Código de Comercio, puesto que alguno de los aspectos de la vida de la sociedad a que alude el art. 9.11 del Código Civil para decirnos que se regirán por su ley personal pueden tener zonas de interferencia con los contemplados en el art. 15 del Código de Comercio, como sometidos «a las disposiciones de este Código». ¿Qué entender por «funcionamiento» de que habla el 9.11, sólo el funcionamiento orgánico? Así parece, puesto que su funcionamiento económico, sus operaciones mercantiles, la creación de sus establecimientos dentro de territorio español se rigen por el Código de Comercio.

22. Hasta tal punto, la expresión «tener en cuenta» ya ha impactado a los que la leen que, v.gr. De la Cámara la entiende como que habrá que consultar la ley nacional de las sociedades que se fusionan (*Estudios de Derecho Mercantil*, II Madrid, 1978, pág. 475).

23. Op. cit., pág. 475.

nadas. 2.º) Si la fusión requiere o no el consentimiento de todos los socios o si basta el acuerdo mayoritario, el cual habrá de adoptarse cumpliendo los requisitos de fondo y de forma prescritos por la ley de que se trate. 3.º) Si los socios disconformes ostentan o no el derecho de reparación y, en su caso, las condiciones necesarias para ejercitar ese derecho y el alcance o contenido del mismo»<sup>24</sup>. El apartado primero del art. 9.11, que atribuye a la ley nacional de las personas jurídicas la regulación cuestiones tales como las referentes a su transformación, disolución y extensión, parece un argumento legal de suficiente peso para pensar que sea ella la aplicable a las referentes a la posibilidad de la fusión, exigencia de consentimiento de los socios y derechos de reparación de éstos.

6. Otro aspecto que ha sido descuidado en la redacción del art. 9.11, apartado segundo, es el referente a la ley aplicable a los efectos de la fusión. Como De la Cámara escribe al respecto, «podría discutirse si tales efectos son los determinados por la ley aplicable a la sociedad resultante (es decir, la ley nacional de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad que se constituye) o, si, por el contrario, es menester atenerse a las leyes de las sociedades extintas... Consideramos defendible un criterio intermedio. Así, las medidas de protección que han de adaptarse en obsequio de los acreedores de las respectivas sociedades serán las que vengan determinadas por la ley nacional de cada una. Esta solución, que parece claramente procedente para la sociedad que absorbe a otras —en el caso de la función absorción—, pues será absurdo aplicar a esta sociedad (única que subsiste) una ley que le es extraña y que no ha de regirla en el futuro, no resulta incorrecta referida a las sociedades que se extinguen por la fusión. En tanto, la fusión permite prescindir de la liquidación, que había de ser disciplinada por la ley de la sociedad, disuelta si la causa de la disolución fuese otra, es lógico considerar que la protección de los acreedores forma parte del proceso extintivo y entonces, incluso de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del art. 11.1, lo correcto será «tener en cuenta» las medidas establecidas por la ley personal de la sociedad de que se trate. Contrariamente, para determinar el alcance de la sucesión universal, así como los requisitos (en particular los de carácter formal) han de ser cumplidos para que aquélla se entienda consumada, debe reconocerse competencia a la ley nacional de la sociedad resultante»<sup>25</sup>.

24. DE LA CÁMARA, op. cit., págs. 475-476.

25. Op. cit., pág. 476.

7. El art. 9.11, segundo apartado, tiene que ser situado, en todo caso, en el contexto del ordenamiento jurídico español y de la serie de normas específicas y materiales, cuya aplicación es imperativa en determinados sectores de la actividad jurídico-económica en los que es frecuente (y más que en otros incluso) el fenómeno de la fusión de sociedades. En estos casos la aplicación de la ley española resta bastante terreno al «tener en cuenta las leyes personales respectivas» de las sociedades fusionadas.

Digo esto respecto de los supuestos en que la fusión de sociedades españolas con extranjeras pone en marcha la aplicación de las disposiciones españolas sobre inversiones extranjeras en España e inversiones españolas en el extranjero. Y también respecto, vgr. de la fusión de sociedades bancarias, de sociedades de seguros, de anónimas de capitalización de empresas periodísticas, agencias de noticias, etc.

8. En resumen, el precepto del art. 9.11 de nuestro Código Civil, a cuyo favor debe apuntarse el hecho mismo de su existencia, es una formulación legal falta de una verdadera visión internacionalistas de la institución de la fusión internacional de empresas; por ello adolece de vaguedad, de imprevisión de la complejidad de las situaciones que caen bajo su imperio. La Doctrina y la Jurisprudencia deben ahora poner las bases para que, desde que sea oportuno, se produzca un tratamiento legislativo adecuado.